

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ – UECE

SIDNEY MOURA DA SILVA

ABORTO DO FETO ANENCÉFALO:
DIREITO OU CRIME?

FORTALEZA – CEARÁ
2010

341.55621
S586a
(S436)
(T614)

SIDNEY MOURA DA SILVA

ABORTO DO FETO ANENCÉFALO: DIREITO OU CRIME?

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito.

Orientadora: Ms. Antônio Cerqueira

FORTALEZA – CEARÁ
2010



Universidade Estadual do Ceará - UECE

Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA

Coordenação do Núcleo *Lato Sensu*

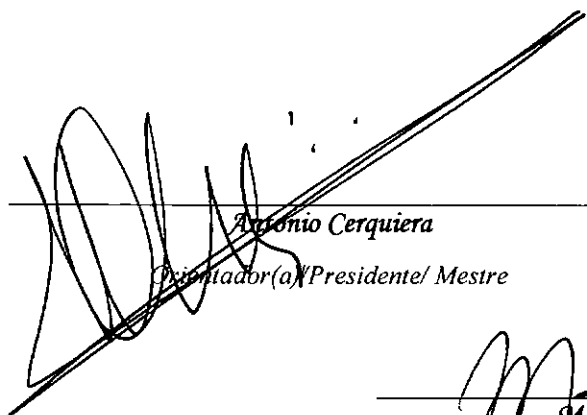
COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 e 25 da Resolução 2516/2002 CEPE, 27 de dezembro de 2002, da Universidade Estadual do Ceará / UECE, após análise e discussão da Monografia submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Sidney Moura da Silva
Monografia: Aborto do Feto Anencefálico: Direito ou Crime?
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal
Resolução: 2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 40/2010
Data de Defesa: 16/04/2010

Fortaleza – CE, 16 de abril de 2010



Antonio Cerquiera

Orientador(a)/Presidente/ Mestre



Sílvia Lúcia Correia Lima

Membro/ Mestre



Marcelo Lopes Barroso

Membro/Mestre

Dedico este trabalho à minha mãe, a quem carinhosamente chamo de Dinda, por ter sonhado e ter me amado antes mesmo que eu existisse, e por ter me ensinado o significado desse sentimento incondicional e inexprimível, chamado amor. Não tenho palavras para te agradecer, mas quero deixar aqui registrado o meu muito obrigado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Mestre e Professor Antônio Cerqueira, que mesmo sendo contrário ao aborto, não economizou esforços ao me orientar, permitindo que eu pudesse escrever livremente expondo minhas idéias a respeito do tema e ajudando-me a transpor todos os percalços que foram trilhados no curso deste projeto.

Sinto-me honrado com a orientação deste trabalho, deixo, pois, aqui registrados meus sinceros agradecimentos ao Ilustre Mestre.

RESUMO

O aborto do feto anencéfalo, objeto de estudo do presente trabalho, entendido na dicotomia: direito da mulher em prosseguir ou não com seu estado gravídico resguardando seus direitos à liberdade de escolha e também à saúde física e psíquica em conflito com o direito à vida do feto anencéfalo, desde muito gera controvérsias em todas as searas do conhecimento humano. Trata-se de questão polêmica por envolver a vida, bem maior do ser humano, direito originário resguardado constitucionalmente e do qual fluem todos os outros direitos. Analisados os aspectos jurídicos, médicos, históricos e sociais da problemática, não se estendeu o presente trabalho ao estudo do aspecto religioso, por entender que o Estado Brasileiro é considerado Laico e, portanto, desprovido de qualquer religião oficial, além de que cada religião defende uma tese a respeito não havendo consenso entre as mesmas. O aborto do feto anencéfalo no País ainda é considerado um crime contra a vida e, portanto, não pode a mulher gestante praticá-lo sem autorização judicial, pois não está inserido nas hipóteses de aborto legal, que são: aborto terapêutico, profilático ou necessário - aquele praticado para salvar a vida da gestante e o aborto sentimental, humanitário ou piedoso - é o decorrente da gravidez resultante de estupro. O aborto é uma realidade da sociedade brasileira e mundial, ele está presente em todas as camadas e níveis sociais, sua problemática deve propiciar discussões, críticas, reflexões e soluções plausíveis por parte da sociedade. O objetivo do presente trabalho é trazer para o meio acadêmico e para a sociedade a análise de apenas uma vertente da problemática, que é o aborto do feto anencéfalo, haja vista ser o tema aborto dotado de uma profundidade abissal, por envolver diversas áreas do conhecimento humano. Espera-se que o presente estudo possa contribuir para o aprofundamento e aperfeiçoamento das discussões a cerca da problemática do aborto.

Palavras-chave: Aborto. Anencéfalo. Direito à vida.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DIREITO À VIDA	10
2.1 Direito à Vida na Constituição Federal	10
2.2 Direito à Vida no Ordenamento Infra-Constitucional	11
3 O INÍCIO DA VIDA	13
3.1 Teorias sobre o Início da Vida	13
3.2 A lei de Biossegurança e o Início da Vida	14
4 ANENCEFALIA	17
4.1 Aspectos Médicos da Anencefalia	17
4.2 Aspectos Jurídicos da Anencefalia	19
5 ABORTO E SUA CRIMINALIZAÇÃO	23
5.1 Tipificação Penal do Aborto	24
5.1.1 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento	24
5.1.2 Aborto provocado por terceiro não consentido	24
5.1.3 Aborto provocado por terceiro consentido	25
5.1.4 Aborto Qualificado	26
5.1.5 Aborto Legal	27
5.1.5.1 Aborto Necessário	28
5.1.5.2 Aborto Sentimental	29
6 ABORTO: MÉTODOS E CONSEQUÊNCIAS	31
6.1 Métodos Abortivos	31
6.2 Consequências do Emprego de Métodos Abortivos	35
7 ABORTO E SUA CLASSIFICAÇÃO	36
7.1 Classificação Segundo Ação do Agente Provocador	36
7.1.1 Aborto Espontâneo ou Natural	36
7.1.2.1.1 Aborto Terapêutico, Profilático ou Necessário	37
7.1.2.1.2 Aborto Sentimental, Humanitário ou Piedoso	37
7.1.2.2 Aborto Criminoso	37
7.1.2.3 Aborto Eugênico ou Eugenésico	37
7.1.2.4 Aborto Social ou Sócio-econômico	38
7.1.2.5 Aborto “Honoris Causa” ou Legítima Defesa da Honra	38
7.1.2.6 Aborto Estético	38
8 O FIM DA VIDA	40

8.1 Considerações Iniciais	40
8.2 Critérios Utilizados para Determinação da Morte	41
8.3 Classificação da Morte	43
8.3.1 Morte Natural:	43
8.3.2 Morte Presumida	43
8.3.3 Morte Súbita	44
8.3.4 Morte Real	44
8.3.5 Morte Aparente	44
8.3.6 Morte Agônica	44
8.3.7 Morte Violenta	44
8.3.8 Morte Circulatória	44
8.3.9 Morte Encefálica	44
8.3.10 Morte imprevista	45
8.3.11 Morte Anatômica	45
8.3.12 Morte Histológica	45
8.4 Efeitos Legais da Morte	45
8.5 Morte e Anencefalia	47
9 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	50
9.1 Direito à Vida do Feto Anencéfalo	50
9.2 Direito à Liberdade de Escolha da Mulher	52
10 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

Discorrer sobre o aborto mostrou-se um tema envolvente, polêmico e intrigante, envolto por uma forte carga de emocionalismo, em virtude de estar em discussão o direito à vida do feto em colisão com outros direitos fundamentais da gestante. A questão do aborto transcende ao próprio direito à vida, pois envolve questões de todas as ordens nos campos médico, moral, político, religioso, ético, jurídico e social, nunca sendo enfrentado sem certa carga de emotividade e sentimentalismo.

Por ser uma realidade social, o aborto existe aos milhares e a clandestinidade de sua prática não se permite chegar a números conclusivos, está inserido em todas as classes sociais independentemente de seu nível cultural, social, político, religioso ou econômico, não pode ser encarado como um câncer social incurável, mas deve ser discutido a fim de que se encontrem soluções viáveis que possam equacionar e minimizar o problema.

Em relação ao aspecto religioso, apesar de nossa cultura ser muito conservadora e com inúmeros dogmas religiosos, procurou-se fazer um estudo neutro, não defendendo posicionamentos religiosos nem teológicos, por considerar o Estado Brasileiro como Estado laico, e dessa forma, dissociado da igreja e da religião, que protege a liberdade de consciência e de crença de seus cidadãos.

O aborto de uma forma geral é muito amplo, envolve muitos conceitos e atinge diversas áreas do conhecimento humano, procurou-se restringir o presente estudo ao caso específico do aborto do feto anencéfalo, aquele que nasce com ausência dos hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduos do tronco cerebral, não havendo discussão aprofundada sobre as outras espécies de aborto, restando citações e conceitos esparsos.

2 DIREITO À VIDA

O direito à vida é o primeiro, fundamental e mais importante de todos os direitos. É a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. É inviolável não podendo ninguém ser privado arbitrariamente de sua vida sob pena de responsabilização criminal. Somente a partir da existência da vida é que o indivíduo passa a ser titular de todos os outros direitos, pois seria vã a proteção dos direitos fundamentais se não houvesse a vida humana. Segundo CANOTILHO (2000, p. 86):

O direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da não agressão ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida. Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém. E conclui: o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade.

O direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que impede configurá-lo como o direito de liberdade que inclua o direito à própria morte, pois constitucionalmente o homem tem direito à vida e não sobre a vida, assim, o suicídio não constitui ato de exercício de um direito.

É considerado um direito fundamental por todas as declarações internacionais de direitos humanos, haja vista ser pressuposto de admissibilidade de todos os demais direitos, sendo um direito inato, adquirido no nascimento e, portanto, intransmissível, irrenunciável e indisponível considerado ainda, fonte primária de todos os outros bens jurídicos.

2.1 Direito à Vida na Constituição Federal

É protegido a nível constitucional, de acordo com o caput do art.5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida”.

O direito à vida é imprescritível, ou seja, não se perde pelo decurso do prazo, sendo inalienável, devido a impossibilidade de transferência seja a título oneroso ou gratuito, é

natural, pois inerente à condição de ser humano, é irrenunciável, não podendo ser objeto de renúncia por parte de seu titular, é inviolável dada a impossibilidade de desrespeito por normas infraconstitucionais, é universal, pois engloba todos os indivíduos independente de nacionalidade, cor, raça, sexo, credo ou convicção filosófica.

A Constituição ao consagrar o direito à vida não fez distinção entre vida intra-uterina da vida extra-uterina, não atribuindo maior nem menor valor a uma ou a outra, tratando-as igualmente. Segundo MORAES (1999, p. 56): “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois seu asseguramento impõe-se, já que constitui pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.

A Constituição Federal não fez distinção das espécies de vida humana, dando proteção ampla e geral, seja a vida natural ou artificial (in vitro), desde a fecundação até as fases posteriores embrionárias, compreendendo todas as formas de manifestação de vida humana, com potencial para a formação, o desenvolvimento e posterior nascimento (KIMURA, 2006). A Carta Magna confere ao Estado o dever de assegurar o direito à vida em dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de permanecer vivo e a segunda de ter subsistência digna.

2.2 Direito à Vida no Ordenamento Infra-Constitucional

A legislação infraconstitucional também ampara o direito à vida de forma ampla, conforme preceitua o art. 2º do Código Civil Brasileiro “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

O Estado está garantindo todos os direitos do nascituro, inclusive o direito à vida e que segunda a recomendação nº 1046/89 do Conselho da Europa (DINIZ, 2006, p.78): “[...] na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter a pessoa carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vitro ou in vivo”.

Portanto, se o nascituro nascer com vida, além da personalidade jurídica formal ele terá a personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito material terá.

A penalização do aborto constitui a proteção da vida do nascituro em momento anterior ao seu nascimento, dada a amplitude do direito à vida erigido a nível constitucional, sendo esta garantia ampla e plena, pois se não fosse assim, a vida poderia ser obstaculizada em seu momento inicial, logo após a concepção.

A Convenção Americana de Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário desde 1992, em seu art. 4º estipula que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. (Pacto de São José da Costa Rica ,1969)

O ordenamento constitucional brasileiro protege o direito à vida como um direito fundamental, cabendo à legislação infra-constitucional regulamentar essa proteção, seja no Código Civil Brasileiro resguardando os direitos do nascituro desde a concepção, seja no Código Penal Brasileiro, punindo os crimes contra a vida (homicídio, infanticídio e aborto).

Aponta-se no presente estudo certa valoração do direito à vida, dada pelo legislador infra-constitucional, pois estabeleceu distinção entre a vida humana dependente e a vida humana independente, quando sancionou com maior rigor a pena para o crime de homicídio com o máximo de 20 anos de reclusão (vida humana independente) e o crime de aborto com pena máxima de 10 anos de reclusão (vida humana dependente), pelo bem jurídico protegido ser um só : a vida , independente de ser intra ou extra-uterina as penas deveriam ter certa proporção.

Outro ponto a ser frisado é que o crime de aborto está previsto no Título I da Parte Especial do Código Penal, que trata dos Crimes Contra a Pessoa, e no capítulo I daquele título, que trata dos Crimes Contra a Vida, o que demonstra a tendência do legislador infraconstitucional penal, em reconhecer no embrião um ser vivo e ainda mais com a qualidade de pessoa.

O direito à vida deve ser preservado desde a concepção, essa é a regra geral do ordenamento, no entanto cabe exceções, como na aplicação da pena de morte em caso de guerra declarada ou nos casos de aborto quando a gravidez põe em risco a vida da gestante ou em caso de estupro, mostrando que mesmo o direito por excelência que é a vida pode ceder quando colidente com outros direitos, configurando inclusive causas de excludente de ilicitude.

3 O INÍCIO DA VIDA

Questão bastante instigante e até hoje sem resposta, pois nem mesmo a ciência chegou a um consenso sobre o marco inicial para o evento vida. Dentro da Biologia, que é a ciência que estuda a vida, não se tem um posicionamento unânime de quando começa a vida, devido às várias teorias que se apresentam e que ora serão analisadas.

3.1 Teorias sobre o Início da Vida

A primeira teoria sustenta que a vida começa com a fecundação, ou seja, no momento em que o espermatozóide se une ao óvulo dando origem a um novo indivíduo com código genético distinto daqueles que o originou. É importante salientar que dentro desta visão não são aceitos métodos contraceptivos como a pílula do dia seguinte e o DIU (dispositivo intra-uterino), pois destroem o produto da concepção, não admite qualquer tipo de experimentação com embriões, nem mesmo técnicas de fecundação *in vitro*, pois implicam na perda de óvulos fecundados. Segundo BRANDÃO (1999, p. 65):

A embriologia demonstra que a nova vida tem início com a junção dos gametas-espermatozóide e óvulo - duas células germinativas programadas e ordenadas uma a outra. Dois sistemas separados interagem e dão origem a um novo sistema; e este por sua vez, dá início a uma série de atividades concatenadas, obedecendo a um princípio único, em um encadeamento de mecanismos de extraordinária precisão. Já não são dois sistemas operando independentemente um do outro, mas um único sistema que existe e opera em unidade: é o zigoto, embrião unicelular, que compartilha não somente o ácido desoxirribonucléico (ADN), mas todos os cromossomos de sua espécie, a espécie humana, cujo desenvolvimento, então iniciado, não mais se detém até a sua morte (...) É portanto, um ser vivo, humano e completo. Humano em virtude de sua constituição genética específica e de ser gerado por um casal humano, uma vez que cada espécie só é capaz de gerar seres da própria espécie. Ou é humano desde o início de sua vida ou não será jamais: não há momento algum que marque a passagem do não humano ao humano. Completo no sentido de que nada mais de essencial à sua constituição lhe é acrescentado após à concepção.

A segunda teoria afirma que a vida humana só começa a partir da nidação (fazer o ninho) quando ocorre a fixação do embrião no útero – o único ambiente em que este poderá se desenvolver. Como a nidação que em geral acontece de 5 a 15 dias após a fecundação. Essa teoria é bastante difundida e defendida por pesquisadores de células-tronco em embriões congelados, pois nesse estágio, ainda não são seres humanos.

A terceira teoria defende que o ser humano só existe a partir da formação dos rudimentos do sistema nervoso central, o que ocorre entre 15 a 40 dias de evolução embrionária, verdadeira instância diferenciadora, no qual aparecem os rudimentos do sulco neural e córtex cerebral.

3.2 A lei de Biossegurança e o Início da Vida

A lei nº 11.105/05 – Lei de Biossegurança, permite a manipulação de embriões e células-tronco embrionárias, de acordo com seu art. 5º, caput:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

Ocorre que, apesar da acirrada discussão ocorrida no Supremo Tribunal Federal, a respeito da utilização e manipulação das células-tronco, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, proposta pelo então Procurador geral da República Cláudio Fonteles, questionando a constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança, foi considerada improcedente por maioria de votos dos ministros da Suprema Corte, defendendo o relator Ministro Carlos Ayres Britto: “não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar”. Declarando a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, e portanto, a continuidade das pesquisas com células-tronco.

Vários países do mundo, destacando na América os Estados Unidos e o Brasil, definem o fim da vida como ausência ou cessação de ondas cerebrais. É a partir desse momento, em que é diagnosticada a morte encefálica, procedimento que deve ser realizado por dois médicos não pertencentes à equipe de remoção e transplante, que se pode autorizar a retirada de órgãos e tecidos para transplante.

O conceito de vida humana e o momento em que se inicia são temas que pertencem às ciências médicas e biológicas, não havendo consenso entre elas, portanto a ciência jurídica tem o dever de dar o enquadramento legal, ou seja, o momento em que se inicia e quando termina a proteção jurídica do bem da vida.

Trazendo os ensinamentos de SARLET (2004, p. 89):

[...] assim como é correto afirmar que a ciência jurídica não é competente para responder à pergunta de quando se inicia a vida humana, também é certo que as ciências naturais não estão em condições de responder desde quando a vida humana deve ser colocada sob a proteção do direito constitucional.

De acordo com a legislação Civil, foi adotada a teoria concepcionista, onde desde a penetração do espermatozóide no óvulo, os direitos do nascituro estão resguardados, de acordo com o art. 2º do Código Civil Brasileiro: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Para a legislação Penal, a proteção do nascituro ocorre a partir da nidação, fixação do óvulo fecundado no útero materno, e trazendo à baila o pensamento de GRECO (2004) que entende que para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito a implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (quatorze) dias após a fecundação.

É de se destacar que existe uma contradição na legislação pátria. Enquanto uma resguarda a vida desde a concepção, a outra só trará proteção a essa vida no momento da nidação. Para FRAGOSO (1981, p. 35) “o aborto é a interrupção do processo fisiológico de gravidez, desde a implantação do ovo no útero materno até o início do parto”.

Deve-se salientar a respeito da problemática dos meios contraceptivos. O dispositivo intra-uterino (DIU) ocorre a liberação de sais de cobre pelo filamento que reveste a haste principal ou lateral. Estes sais são normalmente liberados e possuem uma ação espermicida muito importante, ou seja, eles matam os espermatozoides, impedindo a subida dos mesmos pelas trompas, no caso de haver fecundação eles agem impedindo a fixação do óvulo ou seu desenvolvimento, provocando a sua expulsão precoce.

Já as pílulas do dia seguinte atuam no produto da concepção através de reações químicas impedindo o ovo de se implantar no endométrio, é uma pílula que age por meio de uma carga extra de hormônios, que faz com que o óvulo fecundado, não se fixe no útero.

Nos dois casos, são tratados como meios contraceptivos, tanto social como legalmente, inclusive para fins de efeito de proteção penal, no entanto para os adeptos da teoria concepcionista, no qual a vida humana se inicia com a concepção, são tidos como meios abortivos.

No presente trabalho, defende-se como o marco inicial da vida o momento da nidação, ou seja, a fixação do óvulo fecundado na parede do endométrio, pelos motivos a seguir expostos:

Os dispositivos anticoncepcionais como o DIU e a pílula do dia seguinte não seriam aceitos nem socialmente nem legalmente, pois seriam tidos como métodos abortivos e não contraceptivos, as mulheres que fizessem uso de tais métodos estariam praticando o aborto e os fabricantes de tais dispositivos estariam praticando assistência ao aborto.

As pesquisas com células-tronco embrionárias deveriam cessar, pois estariam matando embriões nos testes, e conseqüentemente seres humanos, o que efetivamente não aconteceu, haja vista o Supremo Tribunal Federal reconhecer a constitucionalidade da referida lei, autorizando dessa forma o andamento das pesquisas com embriões humanos:

Nos casos de gravidez ectópica ou extra-uterina, ou seja, na gestação onde a implantação do óvulo fecundado ocorre fora do útero, podendo alojar-se no tubo uterino, no ovário, nas cavidades abdominais ou pélvica ou até mesmo nas trompas de falópio, a retirada deste óvulo pelo médico não caracteriza o crime de aborto, simples procedimento cirúrgico dada a inviabilidade de prosseguimento da gestação, ademais somente estaria caracterizado o crime se a gravidez fosse intra-uterina.

Portanto, define-se o termo inicial da vida como o momento em que se concretiza a nidação, ou seja, a fixação do óvulo fecundado no útero materno e não desde o momento da concepção, junção do gameta masculino (espermatozóide) ao feminino (óvulo).

4 ANENCEFALIA

De acordo com o dicionário médico BLAKISTON, (1982, p. 82), o encéfalo: “é a parte do sistema nervoso central contido na cavidade craniana consiste em cérebro, cerebelo, protuberância e bulbo”.

A anencefalia consiste numa das malformações do encéfalo, ou seja, um defeito no fechamento do tubo neural, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduos do tronco cerebral, ou seja, o anencéfalo não apresenta grande parte do sistema nervoso central, Esta anomalia não ocasiona lesão em todo o encéfalo, mas somente no cérebro, sua parte maior e mais importante, centro propulsor e coordenador das funções vitais básicas: as intelectivas, as sensitivas e as vegetativas.

4.1 Aspectos Médicos da Anencefalia

Devido à presença de parte do tronco encefálico, o anencéfalo consegue manter algumas funções vitais como o sistema respiratório e o cardíaco, podendo reagir a estímulos, no entanto, essas reações são exclusivamente reflexas, típicas do estado vegetativo. No mesmo sentido, utilizando-se dos ensinamentos de Mario Sebastiani (*apud* REIS, 2007, *online*), assim se manifesta:

Apesar da carência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), o que ocasiona a total impossibilidade do exercício ‘de todas as funções superiores do sistema nervoso central que se relacionam com a existência da consciência e que implicam a cognição, a vida de relação, a comunicação, a afetividade, a emotividade, o feto anencéfalo, em razão do tronco cerebral, preserva, de forma passageira, as funções vegetativas, que controlam, parcialmente, a respiração, as funções vasomotoras e as funções da medula espinhal. Por todas essas graves carências do processo de desenvolvimento embrionário, o anencéfalo guarda, em altíssimo percentual, incompatibilidade com os estágios mais avançados da vida intra-uterina e total incompatibilidade com a vida extra-uterina.

Para ESPINOSA (1998, p. 27):

Anencéfalo é todo embrião, feto ou bebê que carece de uma parte do sistema nervoso central, mais concretamente dos hemisférios cerebrais e de uma parte, maior ou menor, do tronco encefálico (bulbo raquidiano, situado acima da medula, e os dois seguimentos seguintes: ponte e pendúculos cerebrais). Como no bulbo raquidiano estão situados os centros da respiração e da circulação sanguínea, o

anencefálico pode nascer com vida e viver algumas horas, mais raramente alguns dias ou poucas semanas.

Existe ainda certa confusão feita por algumas pessoas ao considerar anencefalia como um tipo de deficiência do feto, a deficiência, de um modo geral, permite certa condição de vida, que é limitada de alguma forma, seja intra ou extra-uterina, no entanto na anencefalia não existe deficiência, o que existe é má-formação do encéfalo que gera total incompatibilidade com a vida extra-uterina.

Não existe um motivo determinante ou causa específica na literatura médica para a anencefalia, pois a malformação está relacionada a vários fatores de natureza genética ou ambiental, destacando-se os seguintes:

a) Fatores nutricionais principalmente a deficiência materna de vitamina do complexo B, especialmente o ácido fólico também chamado de vitamina B11, encontrado em vários alimentos, como: o sumo de laranja, os cereais fortificados, os espinafres, as lentilhas, os espargos, a alface, o fígado de galinha, bife de fígado, levedura de cerveja, gema de ovo e brócolis, servindo para evitar malformação do tubo neural bem como reduzindo a incidência de anomalias e defeitos estruturais no feto

b) Fatores ambientais entre os quais: exposição da mãe durante os primeiros dias de gestação a produtos químicos, solventes, irradiações, raios-x, alcoolismo e tabagismo.

c) Fatores genéticos.

A anencefalia pode ser conceituada: “é um delito do tubo neural (uma desordem envolvendo o desenvolvimento incompleto do cérebro, medula, e/ou suas coberturas protetivas”. (FERNANDES, 2007, p. 94)

Segundo o Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia: “A anencefalia não é doença, não existem crianças ou adultos anencéfalos. Anencefalia é 100% letal”. (CREMEB, 2004, p. 32)

O diagnóstico de anencefalia é bastante simples e imediato, feito durante o período pré-natal, bastando uma simples ecografia ou ultra-sonografia - método diagnóstico de visualização dos órgãos internos do corpo por meio de ultra-sons, ou seja, funciona como um radar de submarino ou avião, em que o aparelho emite sons de alta frequência e os recebe de volta proporcionando imagens tridimensionais como se estivesse olhando diretamente para o

órgão ou feto. A ecografia é um exame sobre o qual não há controvérsias, pois só existem dois diagnósticos fetais que se fazem com 100% de segurança: o óbito fetal e anencefalia. O erro, quando o exame é realizado por ultra-sonografia e ressonância magnética, é praticamente nulo. Além do exame de ecografia é possível também a realização de exame biológico, através da análise dos níveis de alfafetoproteína no líquido amniótico e no soro materno, pois nos casos gestações de fetos anencéfalos estes níveis se encontram sempre elevados.

Não há de se confundir anencefalia com deficiência, não se está discutindo a respeito de pessoas portadoras de deficiência que promovem uma luta social para ter garantidos os direitos sociais, civis, políticos, individuais e coletivos que lhe são negados pela sociedade excludente, até por que uma parcela considerável da população brasileira é deficiente.

A deficiência por si só, não caracteriza qualquer procedimento antecipatório de parto, nem tão pouco o aborto, pois não se está mensurando as diversas capacidades nem as diferentes gradações de funcionalidade do ser humano. O feto anencéfalo apresenta uma característica única e inconfundível: não possui os ossos do crânio, que a partir da parte superior da sobrancelha não há osso algum, razão pela qual sua cabeça não possui o formato arredondado. Na literatura médica, não se tem notícias de nenhum ser humano anencéfalo que complete aniversário, em 100% dos casos não há sobrevivência, e pelo menos 50% deles fenecem no ventre materno, e o restante sobrevive poucos instantes após o parto, em questão de horas ou poucos dias.

4.2 Aspectos Jurídicos da Anencefalia

A Constituição Federal, ao prever como direito fundamental a proteção à vida, protege-a de uma forma geral, ampla e plena, desde a fecundação, passando pelas sucessivas transformações e evoluções biológicas do ser humano até o momento da morte, ou seja, quando decretada a cessação da atividade cerebral.

A proteção é dada à vida tanto intra como extra-uterina, não havendo distinção entre os vários estágios evolutivos da vida, por quais passa o ser humano, segundo o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)”

A vida é protegida pelo Estado Brasileiro desde a concepção, haja vista, o Brasil ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969, *online*), *in verbis*: “Art. 4º - Direito à vida - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o **momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (Grifo nosso)

Portanto, por mais que as ciências biológicas ou médicas divirjam em relação ao início da vida, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu o momento da concepção como marco inicial da vida, recebendo a partir deste momento a proteção legal.¹

Não importa para o Estado Brasileiro que a vida seja viável ou inviável, que o feto seja portador de alguma anomalia ou deficiência, que o feto não tenha possibilidade de vida extra-uterina, pois o que é protegido é todo o ciclo da vida desde a concepção até a morte, portanto a proteção constitucional se dá de forma ampla e geral.

A proteção constitucional da vida humana não está restrita à vida biológica, pelo contrário, o ordenamento jurídico impõe ao Estado o dever de assegurar a vida em todas as suas fases, desde a concepção, desenvolvimento intra-uterino, vir á luz com vida, de estar vivo e não ser privado de viver em momento algum, senão por morte natural, ter uma existência digna com a garantia dos direitos fundamentais de sobrevivência humana bem como os direitos vinculados ao bem estar psíquico e social.

Essa proteção é tão ampla que compreende o patrimônio genético de cada indivíduo e de toda a humanidade, conforme depreende-se do art. Art. 225 da Constituição Federal de 1988:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público (...)

I - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

A legislação infraconstitucional dá proteção à vida do feto desde a concepção (Teoria Concepcionista), não considerando se é anencéfalo ou não, pois a proteção é para a vida,

¹ Neste trabalho, foi considerado o momento inicial da vida a nidação e não a concepção, conforme demonstrado no capítulo 3

segundo o art. 2º do Código Civil, *in verbis*: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Depois que surgiram as técnicas de fertilização *in vitro*, reprodução humana assistida e congelamento de embriões humanos, uma grande polêmica foi levantada pelos doutrinadores civilistas acerca do momento da consideração jurídica do nascituro, uns entendendo que o nascituro existe desde o momento da concepção no útero materno, outros entendendo que na fecundação de proveta (*in vitro*) ou no caso de embrião congelado não se está diante de nascituro, pois ele só adquire esta qualidade quando de sua implantação no útero materno, sob condição de nascimento com vida, apesar de ter proteção jurídica como “pessoa virtual” com carga genética própria diferenciada daqueles que o geraram.

De acordo com a Lei nº 11105/05 (Lei de Biossegurança) é permitida a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, desde que estes embriões sejam inviáveis ou estejam congelados há mais de três anos da data da publicação da lei, haja o consentimento dos genitores e tenha sido aprovada pelo comitê de ética da instituição de pesquisa e serviço de saúde.

Essa celeuma é resultado de critérios diferentes adotados pelo legislador para tutelar a vida humana, pois os parâmetros escolhidos para a fecundação natural não são os mesmos para a fecundação *in vitro*, situações consideradas distintas pelo legislador, restando a ele definir qual o status jurídico do embrião pré-implantatório, se é nascituro ou não. A vida é protegida amplamente em âmbito penal, onde o objeto jurídico protegido é a vida, daí a existência da parte especial do Código Penal, intitulada dos contra a vida, que tutelam a inviolabilidade do direito à vida bem como da punição de todos aqueles que atentem contra ela. Podem-se destacar quatro tipos penais básicos de proteção à vida, são eles: o homicídio, o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, o infanticídio e o aborto.

No presente estudo será abordada a questão da vida do feto e sua proteção no âmbito penal, dada a sua qualidade de sujeito passivo do crime de aborto, será desprezada a valoração da vida nos casos de homicídio, de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio e de infanticídio, já que seus sujeitos passivos são respectivamente: qualquer pessoa e o neonato, não interessando ao tema central desse trabalho.

A Carta Magna reconhece a instituição de um tribunal especial, competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, é o denominado Tribunal do Júri, que segundo o

art. 5º: “XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

A vida no âmbito de vista penal recebe inúmeras outras proteções, dadas as diversas tipificações penais, nas quais são protegidos outros bens jurídicos em comunhão com a vida, que são elas: lesão corporal com resultado morte, abandono de incapaz com resultado morte, extorsão mediante seqüestro com resultado morte, latrocínio e genocídio, que apesar de atentar contra a vida, possui proteção jurídica mais ampla, sendo considerado um crime contra a humanidade, segundo NUCCI (2007, p. 103): “(...) trata-se de crime contra a humanidade e, igualmente hediondo (...), porém o maior fundamento da infração penal concentra-se na intenção do agente, que é eliminar, ainda que parcialmente, um grupo nacional, ético, racial ou religioso”.

Do ponto de vista penal, o feto goza de proteção jurídica para sua vida, para tanto foi criado o delito de aborto, que DAMÁSIO (1999, p. 115) conceitua: “(...) é a interrupção da gravidez, com a conseqüente morte do feto.” Já para MIRABETE (2000, p. 93), o aborto consiste em: “... é a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção”.

Segundo o Código Penal Brasileiro, o aborto possui três tipos delitivos básicos:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque;

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante;

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante.

O tipo penal do aborto leva em consideração o direito à vida, não apreciando a questão da anencefalia, portanto qualquer feto, seja anencéfalo ou não, tem direito à proteção constitucional (toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, desde o **momento da concepção**) e penal (para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a **nidação**) da inviolabilidade do direito à vida (Grifo nosso).

5 ABORTO E SUA CRIMINALIZAÇÃO

O aborto pode ser considerado como um dos temas mais polêmicos discutidos hodiernamente na sociedade mundial, dividindo corações e mentes em todo o mundo. Buscando-se da etimologia, a palavra aborto significa *ab* – privação e *ortus* – nascimento, ou seja, é a privação do nascimento de alguém. Segundo o Dicionário Aurélio: “Expulsão espontânea ou provocada do produto da concepção antes do momento em que ele se torna viável” (DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA, 2009).

O aborto consiste na interrupção da gravidez com a conseqüente morte do produto da concepção, que pode ser o ovo, o embrião ou o feto, podendo ocorrer em qualquer fase da gravidez desde a concepção até o início do parto, por ser crime material a morte do feto é exigida em todos os tipos penais.

No campo médico-legal o termo apropriado para designar a interrupção da gravidez é abortamento, ficando o termo aborto a designar o organismo que sai do ventre da mulher que teve sua gravidez interrompida, neste trabalho será utilizado o termo aborto, pela sua utilização na linguagem popular e erudita e tipificado assim no Código Penal Brasileiro. Destaque-se que a partir do instante em que se inicia o parto: normal (dilatação do colo do útero) ou cesariana (início das incisões abdominais) qualquer ato atentatório à vida do nascituro, não será considerado aborto, mas ser o crime de infanticídio ou homicídio, já que não há crime na gravidez extra-uterina (tubária, ovárica, molar ou patológica).

Ao longo do tempo, vários Países vêm adotando posições mais condizentes com a axiologia dos direitos humanos, permitindo a interrupção da gravidez no seu território, tais como: África do Sul; Albânia; Austrália; Áustria; Bangladesh; Bélgica; Bulgária; Canadá; China; Cingapura; Coreia do Norte; Cuba; Dinamarca; Eslováquia; Estados Unidos; Finlândia; França; Holanda; Hungria; Inglaterra; Itália; Iugoslávia; Japão; Noruega; Portugal; República Tcheca; Romênia; Rússia; Suécia; Taiwan; Tunísia; Turquia; Vietnã e Zâmbia, na contramão deste posicionamento encontramos as nações em desenvolvimento como Brasil, Peru, Paraguai, Venezuela, Argentina, Chile, Equador.

5.1 Tipificação Penal do Aborto

No Brasil, o direito à vida é protegido pelas leis a partir do momento da fecundação e qualquer ato atentatório a ela poderá configurar vários tipos penais, dentre eles: aborto, infanticídio ou homicídio. O bem juridicamente protegido é a vida humana em desenvolvimento, tendo como objeto material: o óvulo fecundado, o embrião ou o feto.

O aborto é crime doloso, sendo necessário para a sua configuração que o agente queira o resultado ou assuma o risco de produzi-lo, segundo MIRABETE (2000, p. 95): “Não há crime de aborto culposo, e assim, a imprudência da mulher grávida que causa a interrupção da gravidez não é conduta punível”, podendo seu comportamento ser considerado indiferente penal.

5.1.1 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

O Código Penal Brasileiro inicia com o tipo penal do auto-aborto, aquele provocado pela gestante, ou aborto provocado com o seu consentimento, chamado aborto consentido, segundo o artigo 124, *in verbis*: “**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento** - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos”.

Sendo considerado um crime de mão própria, na definição de GRECO (2004, p. 239), “aquele cuja execução é intransferível, indelegável, devendo ser levado a efeito pelo próprio agente, isto é, com suas próprias mãos” o auto-aborto só pode ser praticado pela própria gestante, podendo ser inclusive praticado por omissão, quando nos casos de gravidez de alto risco, a gestante tiver que fazer uso de determinado medicamento para evitar o aborto natural, a mesma se abstém de usar a medicação e sobrevém a morte do concepto.

5.1.2 Aborto provocado por terceiro não consentido

No artigo 125 do Código Penal Brasileiro tem-se o crime de aborto provocado por terceiro, neste tipo penal o agente pratica a ação delituosa sem o consentimento da gestante, esta torna-se vítima juntamente com o feto. A pena para este tipo é agravada de detenção para reclusão: “Aborto provocado por terceiro não consentido - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos”.

Segundo Damásio o dissenso da gestante não precisa ser expresso, sendo suficiente que se faça à sua revelia, ou que ela ignore a sua prenhez, ou seja incapaz. O dissentimento da ofendida pode ser real ou presumido: “real quando o sujeito emprega violência, fraude ou grave ameaça e presumido quando a gestante é menor de quatorze anos (presume-se tem desenvolvimento mental incompleto), é alienada ou débil mental” (DAMÁSIO, 1999, p. 121). O bem jurídico tutelado é a vida humana em formação (vida intra-uterina), podendo ter como sujeito ativo: qualquer pessoa e sujeito passivo: o feto e a gestante. É punido na forma dolosa, na forma direta ou eventual. Ocorrendo o dolo direto quando há a vontade firme de interromper a gravidez e de produzir a morte do feto e dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado.

Dá-se a consumação com a interrupção da gravidez e a conseqüente morte (destruição) do produto da concepção dentro ou fora do útero materno. Admitindo a forma tentada, quando provocada a interrupção da gravidez, o produto da concepção não morre por circunstâncias alheias à vontade do agente. Diz-se também tentado, quando ocorrer apenas a aceleração do parto em decorrência das manobras abortivas, com a sobrevivência do neonato. Se, porém, após a manobra abortiva, o feto é expulso com vida, mas lhe advém a morte, o aborto será considerado consumado, desde que comprovado o nexos causal da manipulação abortiva e do resultado morte.

5.1.3 Aborto provocado por terceiro consentido

Analisando o artigo 126 do Código Penal Brasileiro, tem-se:

Art. 126. Aborto provocado por terceiro consentido - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

O consentimento da gestante deve existir desde o início da conduta até a consumação do crime, pois se ela vier a revogar seu consentimento durante a execução da conduta, o agente passará a responder pelo delito do artigo 125 do Código Penal Brasileiro. Tal consentimento pode ser expresso ou tácito, ensinando FRAGOSO (1981, p. 37) “a passividade e a tolerância da mulher equivalem ao consentimento tácito”.

A gestante responderá pelo crime previsto no artigo 124, cuja pena é mais branda: detenção; respondendo o agente pelo crime do artigo 126, com pena mais severa: reclusão. A validade do consentimento só existe se a gestante tiver capacidade para consentir, não se tratando de capacidade civil, sendo o direito penal mais voltado para a realidade que para a formalidade das normas de direito civil, levando-se em conta a vontade real da gestante desde que juridicamente relevante. Segundo DAMÁSIO (1999, p. 121):

[...] a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o seu consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, o fato é atípico diante da norma que descreve o aborto consensual, adequando-se à definição do crime do art. 125 do Código Penal, nos termos do que preceitua o art. 126, parágrafo único.

5.1.4 Aborto Qualificado

Descrevendo a forma qualificada do crime de aborto, tem-se no artigo 127 do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

Forma Qualificada- Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Segundo GRECO (2004, p. 248) a forma qualificada anunciada pelo Código Penal Brasileiro adotou uma impropriedade técnica, já que no artigo supra não existem qualificadoras, mas sim majorantes ou causas especiais de aumento de pena.

Como a legislação penal pátria não pune a auto-lesão, caso a gestante venha a causar lesão corporal grave em si mesma, não se aplicará a majorante, da mesma forma se o agente causar lesão corporal de natureza leve na gestante, só responderá pelo crime de aborto, não incidindo a forma qualificada. É crime preterdoloso, ou seja, o agente quer tão somente a produção do aborto configurando-se primeiro o dolo e depois o resultado lesão corporal de natureza grave ou morte sobrevém a título de culpa, pois se o seu intuito inicial for além de produzir o aborto também causar lesão grave ou mesmo a morte da gestante, responderá por concurso de crimes: aborto e lesão corporal grave ou aborto e homicídio, atuando com desígnios autônomos e conseqüentemente o cumulo de penas. Não ocorrerá a incidência da majorante nos casos em que a lesão de natureza grave for estritamente necessária para a efetivação do aborto, como na lesão do útero, sendo consequência normal do fato, segundo Frederico Marques (1999): "(...) será lesão corporal grave, qualificadora, a que apresente caráter de excepcionalidade, ou a que não represente uma consequência normal do processo

abortivo ou dos meios empregados, como os distúrbios próprios do puerpério, a perfuração do saco amniótico etc. Noutras palavras – deverá tratar-se de lesão que represente um *quid* extraordinário, decorrente dos meios abortivos usados ou do próprio fato do aborto”

5.1.5 Aborto Legal

Segundo assevera o artigo 128 do Código Penal Brasileiro:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 2009, p. ?)

São as únicas duas hipóteses de aborto legal, ou seja, aquele autorizado pela lei brasileira e que pode ser praticado. No caso do aborto necessário, terapêutico ou profilático maior parte da doutrina considera a justificação como estado de necessidade, ou seja, no confronto vida da gestante e vida do feto, ambos juridicamente protegidos, um deve prevalecer em detrimento ao outro, escolhendo a lei penal a vida da gestante em face à vida do feto. Diante do estado de necessidade é importante destacar os requisitos do artigo 24 do Código Penal Brasileiro:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

São requisitos do estado de necessidade perante a lei penal brasileira:

- a) a existência de um perigo atual e inevitável, ou seja, o risco de morte da gestante que não pode ser evitado por outro meio a não ser pelo sacrifício da vida do feto;
- b) uma situação não provocada voluntariamente pelo agente, pois médico não pode ter causado o perigo de vida;
- c) a ameaça a direito próprio ou alheio, caracterizada pelo risco de morte à vida da gestante;
- d) a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado, não é razoável exigir o sacrifício da vida da mãe em detrimento da vida do filho, pois o direito penal protege a gestante.

Segundo MARQUES (1999, p. 210): “Ao aborto terapêutico, dá o Código Penal, na epígrafe do art. 128, nº I, o *nomen jùris* de aborto necessário, talvez para ressaltar a *ratio essendi* da impunidade, que outra não é que o estado de necessidade”

5.1.5.1 Aborto Necessário

Para evitar qualquer dificuldade, o legislador pátrio deixou a possibilidade de o médico realizar o aborto se verificar ser este o único meio viável de salvar a vida da gestante. Não sendo necessário que o perigo seja atual bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante, podendo o risco de vida surgir de quaisquer doenças como: anemias profundas, diabetes, cardiopatias, tuberculose, câncer e HIV, que poderão ser agravadas cronicamente com o estado gravídico.

A prática do aborto não constitui finalidade da medicina, ao revés, estão os médicos proibidos de praticá-lo, exceto nos casos de aborto necessário, na falta de outro meio para salvar a vida da gestante, destarte é criminoso o aborto necessário provocado por médico objetivando a preservação da saúde e não especificamente para salvar a vida da gestante. Não se torna necessária a anuência da gestante para a intervenção médica, pois esta somente é necessária na gravidez resultante de estupro, devendo o médico decidir sobre a necessidade do aborto, mesmo sob recusa da gestante, a fim de ser preservado o bem jurídico que a lei considera mais importante – a vida da mãe, em prejuízo do bem menor - a vida intra-uterina, tal arbítrio é exclusivo do médico, não dependendo de autorização judicial ou policial.

A lei refere-se apenas ao aborto praticado por médico, no entanto a doutrina aplica também o estado de necessidade a qualquer pessoa não habilitada legalmente que praticar o aborto, havendo existência de perigo real para a vida da gestante.

A pessoa que auxilia o médico (enfermeira, auxiliar de enfermagem, parteira) não responde pelo crime de aborto, em virtude de o fato em tese não ser considerado criminoso, ou seja, se o fato principal praticado pelo médico não é crime, portanto a conduta da auxiliar não pode ser punível.

Segundo GRECO (2004, p. 252):

Não há como deixar de lado o raciocínio relativo ao estado de necessidade no chamado aborto necessário. Isso porque, entre a vida da gestante e a vida do feto, a lei optou por aquela. No caso, ambos os bens (vida da gestante e vida do feto) são juridicamente protegidos. Um deve perecer para que o outro subsista.

5.1.5.2 Aborto Sentimental

Tomando-se o artigo 128, II, do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

É o chamado aborto sentimental, ético ou humanístico, que é aquele que pode ser praticado por ter a gravidez sido gerada resultante de estupro. Justificando-se a norma permissiva em face da mulher não ficar obrigada a gerar em seu ventre, fruto indesejado de coito violento.

Segundo HUNGRIA (1958, p. 304): “[...] nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida”. Entendendo o penalista como um caso especialmente destacado de estado de necessidade.

Delituoso é o aborto provocado por profissional da medicina no caso de gravidez resultante de estupro sem o consentimento da gestante se capaz civilmente, e se incapaz ou portadora de doença mental, sem o consentimento de seu representante legal.

O único árbitro da prática do aborto é o médico, devendo valer-se do Código de Ética Médica e dos meios à sua disposição para comprovação do estupro ou atentado violento ao pudor (inquérito policial, processo criminal, peças de informação, boletim de ocorrência, declarações da vítima e testemunhas) e na falta destes, ele deve certificar-se da ocorrência de delito sexual, não sendo exigida autorização judicial, audiência com o Ministério Público ou autoridade policial. Se o médico for levado a erro inevitável por parte da gestante ou de terceiro sobre a ocorrência de estupro inexistente, não responderá pelo crime de aborto.

Aplica-se *analogia in bonam partem* para isentar o agente que pratica o aborto em gestante vítima de atentado violento ao pudor e não de estupro, quando o agente não é médico, bem como na autorização de representante legal de incapaz contrária à sua vontade.

A autorização do aborto necessário expõe a uma situação de conflito entre direitos fundamentais, de um lado a vida da gestante e do outro a do concepto. Nesse conflito de

direitos o ordenamento jurídico infraconstitucional, recepcionado pela atual Constituição optou por preservar a vida da gestante em detrimento da vida do produto da concepção. Trata-se de estado de necessidade, se justificando por não haver outro meio de salvar a vida da gestante, senão pela interrupção da gravidez. Nesse seara, a legislação penal confere maior valor à vida humana extra-uterina que a intra-uterina.

Já no aborto sentimental é revelado o conflito entre direitos fundamentais, de um lado a vida do concepto e do outro a autonomia reprodutiva da mulher estuprada, que sofreu a violência física e psíquica além do vexame pessoal e social, o que representa sobremaneira ofensa a sua dignidade de pessoa humana.

Há certa divergência na doutrina a respeito da natureza do aborto sentimental, uns entendem que se trata de exercício regular do direito, outros que é estado de necessidade, outros ainda entendem tratar-se de exercício regular do direito e ainda há aqueles que defendem ser inexigibilidade de conduta diversa.

Adota-se no presente trabalho, *data venia* dos posicionamentos em contrário, tratar-se de exercício regular de direito, podendo qualquer pessoa exercer um direito subjetivo ou faculdade previsto na lei (penal ou extrapenal), desde que a conduta se enquadre no exercício de um direito, embora típica a conduta não apresenta o caráter de antijurídica, pois diante do conflito de direitos fundamentais: vida do concepto e liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, o ordenamento jurídico privilegiou o direito de escolha da mulher em detrimento à vida do concepto.

Importante destacar que o Código Penal Brasileiro de 1940, não legitimou a realização do aborto eugenésico, há, entretanto, uma tendência à descriminalização do aborto eugênico em hipóteses específicas. Segundo MIRABETE (2000, p. 100-101):

(...) não se deve impedir o aborto em caso de grave anomalia do feto que o incompatibiliza com a vida de modo definitivo, já se tem concedido centenas de alvarás judiciais para abortos em casos de anencefalia (ausência de cérebro), agenesia renal (ausência de rins), abertura de parede abdominal e síndrome de Patau (onde há problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos).

6 ABORTO: MÉTODOS E CONSEQUÊNCIAS

Os métodos abortivos utilizados remontam a própria origem da raça humana, independente da época, de lugar geográfico, das sanções aplicadas, as mulheres nunca deixaram de realizá-los, manifestando sempre o desejo de controlar sua fecundidade. Segundo PRADO (1984, p. 27):

Historicamente os primeiros dados de que dispomos referentes ao aborto são o Código de Hamurabi, 1700 anos antes de Cristo. Nele, considera-se o aborto como um crime acidental contra os interesses do pai e do marido, e também uma lesão contra a mulher. Deixava-se, no entanto, bem claro que o marido era o prejudicado e ofendido economicamente.

6.1 Métodos Abortivos

Vários são os processos ou métodos utilizados para a prática do aborto, podendo ser utilizados processos físicos, químicos, cirúrgicos e psíquicos e segundo Delton Croce e Delton Croce Júnior (2006, p. 534-535) destacam-se: químicos, farmacológicos, por indução, físicos (mecânicos, térmicos e elétricos), cirúrgicos, psíquicos e Karman.

1) Químicos: São substâncias orgânicas como o princípio ativo de algumas plantas: esporão de centeio, quinina, apiol e sabina, dentre outras, bem como substâncias inorgânicas como o fósforo, arsênico e mercúrio, que podem causar a morte do produto da concepção por perigosa intoxicação da gestante, e algumas vezes põem em risco a própria vida da gestante. Elas não agem diretamente sobre o útero grávido, mas sim indiretamente, em todo o organismo da gestante, provocando intoxicação e deslocamento do ovo, embrião ou feto e sua conseqüente morte.

O esporão de centeio apresenta hiperestesia (distúrbio neurológico que se dá ao excesso de sensibilidade de um sentido ou órgão a qualquer estímulo) anestesia (ausência de sensações), resfriamento da pele, debilidade muscular generalizada, câimbras, espasmo doloroso dos flexores dos membros inferiores, vômitos, diarréias, confusão mental e se não for socorrida em tempo hábil, pode causar a morte.

A quinina ingerida até a superdosagem manifesta sintomatologia o chamado *quinismo*:

zumbido nos ouvidos, cefaléia, diminuição da acuidade visual e auditiva, náuseas, vômitos, diarreia, sudorese, febre, anúria (diminuição de urina), uremia (uréia no sangue), excitação, confusão mental, delírio, coma e morte por parada respiratória.

O apiol se ingerido em altas dosagens promove excitação do sistema nervoso central e estado de embriaguez e icterícia (síndrome caracterizada pela coloração amarelada de pele), poliúria (aumento do volume urinário) e hematúria (sangue na urina), perda da consciência e morte por colapso.

A sabina é uma planta de onde se extrai o óleo, tendo sido utilizado por séculos como abortivo e causador de intoxicações fatais. Causa cólicas abdominais intensas, vômitos, diarreias, hematúria (sangue na urina), convulsões, perda da consciência e morte.

O fósforo amarelo é integrante de certos venenos para ratos extremamente tóxicos. A sua ingestão com a finalidade abortiva produz queimadura na orofaringe, dor abdominal e vômitos, que rapidamente se intensificam, icterícia (síndrome caracterizada pela coloração amarelada de pele) e morte.

O arsênico desencadeia secura na boca, constrição na garganta, disfagia (dificuldade de deglutição), cólicas abdominais, náuseas e vômitos, disenteria e eliminação de mucosa intestinal nos dejetos, gera estado de choque, anúria (diminuição de urina) e morte.

O mercúrio apresenta gengivite, estomatite ulcerosa, queda dos dentes, necrose óssea, dores abdominais intensas, vômitos, disenteria, desidratação, choque e lesão tubular que leva a anúria e morte por uremia (uréia no sangue).

A literatura médica relata casos de aborto em mulheres que introduziram na vagina soluções de metais pesados como mercúrio, chumbo e alumínio, ocorrendo a passagem desses metais para a grande circulação, intoxicando, causando náuseas, vômito de aspecto leitoso, parestesia (formigamento; sensações de queimadura, frio, calor, pressão), anemia intensa, estado de choque e morte de várias gestantes.

2) Farmacológicos: São drogas utilizadas na interrupção da gravidez, podendo ser utilizadas endovenosamente, por via oral, vaginal ou retal. Destacam-se:

O Misoprostol – Conhecido popularmente por Citotec, inicialmente era utilizado para tratamento de úlceras gastroduodenais, porém a partir da observação de que mulheres

grávidas com uso da medicação provocavam o aborto, passou a ser utilizado com tal finalidade, tanto no meio terapêutico como no meio criminoso.

A prostaglandina – substância que determina a contração da musculatura lisa do segmento superior do miométrio, quando administrada endovenosamente provocaram a expulsão do conceito, determinando o aborto completo em 88% dos casos e aborto incompleto no restante.

A amnopterina, fármaco citotóxico antagonista do ácido fólico, conseguiu provocar aborto em 70% das pacientes grávidas que fizeram uso do medicamento.

A Oxitocina é um hormônio produzido pelo hipotálamo e armazenado na hipófise posterior (neuro-hipófise). Tem a função de promover as contrações uterinas durante o parto e a ejeção do leite durante a amamentação, com o aumento gradativo das contrações uterinas pode provocar o aborto.

A Mifepristona, pílula abortiva RU486 ou “pílula do dia seguinte” é um hormônio sintético que bloqueia a progesterona, hormônio indispensável ao prosseguimento da gravidez. Ela impede a implantação do óvulo no útero (nidação), ou provoca a sua expulsão. É considerada uma antiprogesterona, pois a progesterona facilita a implantação do óvulo fecundado fazendo com que as células do endométrio sintetizem e armazenem glucógeno, facilitando o relaxamento do útero para que não haja contrações. Possui o efeito contrário, pois impede que se efetuem as mudanças necessárias e que seja criado no endométrio o ambiente adequado para que se implante o embrião, bloqueia a actividade secretora do endométrio e corrói-o, produzindo o desprendimento do embrião. Além de aumentar as contrações, amolece e dilata o colo do útero tornando mais fácil a expulsão do óvulo.

3) Por indução: Esse método abortivo consiste na punção da cavidade uterina por agulha visando a retirada do líquido amniótico, em seguida é injetada a mesma quantidade retirada, de solução glicosada ou cloreto de sódio misturada com oxitocina, provocando reações semelhantes às de um aborto natural, com contrações uterinas semelhantes às do parto, resultando na expulsão do feto.

4) Físicos: Os métodos físicos utilizam calor ou eletricidade diretamente sobre o abdome da gestante, podendo utilizar ainda meios mecânicos como a introdução de objetos pontiagudos no útero, tais como: agulhas, facas, tesouras, sondas, pedaços de madeira, muito

freqüentes nas camadas populares e que por muitas vezes provocam abortos incompletos que exigem curetagem uterina, processada *a posteriori*, por um médico em hospital, para remoção de restos embrionários, placentários e endométrio.

Pode ser caracterizado por traumatismos violentos aplicados diretamente sobre o abdômen grávido, ou em outras regiões do corpo, até extragenitais, podem provocar a interrupção da gravidez, como o caso de gestantes que sofreram acidentes, violência doméstica, foram atropeladas ou caíram de alturas significativas.

5) Cirúrgicos: compreendem a microcesariana e a curetagem uterina.

A microcesariana é semelhante à cesariana segmentar transversa, possuindo inclusive os mesmos riscos inerentes a ela. Pode ser empregada para privação de nascimento de feto vivo em gravidez cujo estágio de desenvolvimento é de monta a impedir a passagem do feto pelo útero.

A curetagem uterina é feita sob anestesia ou sedação geral e de preferência em ambiente hospitalar, pois é na realidade, uma pequena cirurgia. Consiste na raspagem por curetas (instrumentos em forma de colher), das paredes do útero para deslocar o embrião da placenta, sendo retirados por uma pinça especial. Exige do profissional médico perícia, em virtude de que se for muito leve pode haver retenções que causarão estágios hemorrágicos e se for muito profunda pode perfurar o útero.

6) Psíquicos: Segundo CROCE e CROCE JÚNIOR (2006, p. 537): “O choque moral, o susto, o terror, a sugestão, em certas circunstâncias, são absolutamente idôneos para a produção do resultado aborto”.

7) Método Karman ou Aspiração: É um método de interrupção voluntária da gravidez. Segundo VERARDO (1991, p. 56):

Inserese um espéc²ulo no canal vaginal para permitir a exposição do colo do útero. É realizada uma desinfecção do canal vaginal e do colo do útero. A dilatação é feita progressivamente com velas de plástico macio e flexível. Introduce-se uma cânula, que é um tubo plástico com abertura em cada uma das extremidades. Liga-se esse tubo a um recipiente completamente vazio, ao qual se adapta uma seringa para fazer vácuo. O conteúdo do útero é aspirado por pressão negativa. O conteúdo aspirado deve ser examinado pelo médico, que verifica se não houve alguma retenção.

² Instrumento introduzido na vagina com o qual o médico é capaz de enxergar e examinar o seu interior.

É na verdade aspiração do ovo por pressão negativa, pela introdução de uma cânula, conectada a um recipiente vazio, ao qual se adapta uma seringa para fazer vácuo, ou pode utilizar uma bomba aspirante sob anestesia.

6.2 Conseqüências do Emprego de Métodos Abortivos

Qualquer método abortivo empregado pela gestante, mesmo em ambiente hospitalar e realizado por médicos, sempre deixará seqüelas físicas ou psicológicas, desde as mais simples até as mais complexas, podendo inclusive levá-la a óbito. Os meios químicos não agem diretamente sobre o embrião, mas indiretamente intoxicando todo o corpo da gestante e conseqüentemente o feto, causando a sua expulsão.

No método por indução a punção do útero pode ocasionar infecção localizada além de graves lesões. Os métodos abortivos físicos são caracterizados, em sua grande parte, por violentos traumatismos de ordem mecânica no abdômen grávido e outras regiões do corpo.

Os métodos farmacológicos pela própria manipulação laboratorial podem apresentar inúmeros efeitos colaterais.

Nos métodos cirúrgicos a gestante corre o risco de ter uma simples infecção localizada podendo apresentar quadros de hemorragia e perfuração uterina. No método psíquico, além das seqüelas físicas, existem as seqüelas emocionais que irão permanecer por muito tempo no consciente e subconsciente da gestante.

No método por aspiração, o conteúdo do útero é aspirado podendo surgir desde um pequeno sangramento até uma hemorragia.

Apesar de o aborto estar presente em todos os níveis da sociedade, a decisão pelo aborto não é uma decisão fácil, traz muita angústia à gestante, gera uma sobrecarga psicológica, além das lacerações físicas que sofrerá para a expulsão do conceito, independente do método abortivo escolhido, os danos ao corpo e a alma são evidentes.

Vítima de toda espécie de traumas: familiar, social, psicológico e físico a gestante fica totalmente desamparada e desprotegida, inclusive pelo próprio Estado que deveria dar-lhe assistência nos casos de abortamento legal: risco de morte para mãe ou estupro, mas que ao contrário, não lhe fornece os meios necessários à prática abortiva, tornando-se desta feita seu pior algoz.

7 ABORTO E SUA CLASSIFICAÇÃO

O aborto é classificado de diversas formas pela doutrina, existindo uma infinidade de classificações levando-se em conta outra infinidade de critérios, cada autor adotando o critério que melhor lhe convém, não existindo unanimidade entre os mesmos, pelo contrário, uma verdadeira celeuma classificatória. Diante desta realidade acadêmica e das várias classificações analisadas no presente estudo, optou-se pela classificação trazida por Delton Croce e Delton Croce Júnior, por ter conteúdo mais completo.

7.1 Classificação Segundo Ação do Agente Provocador

7.1.1 *Aborto Espontâneo ou Natural*

Caracterizado pela inviabilidade natural do conceito, ou seja, o aborto ocorre involuntariamente, por anormalidades orgânicas da mulher ou por defeito do próprio ovo, acontecendo a expulsão do feto pelo próprio organismo da gestante sem interferência externa. O filho é desejado, mas não completa a gestação devido a fatores impeditivos da normal evolução da prenhez, não havendo participação da vontade humana na interrupção da gravidez. Por se tratar de uma causa natural, esse tipo de aborto é considerado indiferente penal pela legislação penal pátria.

7.1.2 *Aborto Provocado, Voluntário ou Induzido*

É aquele que sofre interferências externas de agentes físicos, químicos ou cirúrgicos. Geralmente possui caráter criminoso, possuindo as seguintes subespécies:

7.1.2.1 Aborto Legal ou Permitido

É aquele autorizado pela legislação penal, não constituindo crime a sua prática. Só existem dois tipos, que são:

7.1.2.1.1 Aborto Terapêutico, Profilático ou Necessário

Consiste na possibilidade que possui o médico para realizar o aborto se verificar ser esse o único meio capaz de salvar a vida da gestante, ou seja, não existe outro meio viável de salvar a vida da gestante a não ser a prática do aborto.

Está previsto no artigo 128, I, do Código Penal Brasileiro, considerado pela doutrina como estado de necessidade, que segundo FRAGOSO (1981, p. 132): “A primeira hipótese é a do chamado aborto necessário ou terapêutico que, segundo a opinião dominante, constitui caso especial de estado de necessidade”. Esse tipo de aborto não necessita de consentimento da gestante, bastando que o médico decida sobre a intervenção para salvar o bem jurídico que a lei considera mais importante: vida da mãe, em prejuízo da vida do concepto.

7.1.2.1.2 Aborto Sentimental, Humanitário ou Piedoso

É a interrupção da gravidez resultante de estupro, devendo ser realizado por médico e com a autorização da gestante, se a mesma for incapaz, de autorização de seu representante legal. Apesar de não constar na lei, jurisprudência e doutrina afirmam que além de estupro também é aceita a gravidez resultante de atentado violento ao pudor. Tem-se como justificativa para esse tipo de aborto, o direito de a mulher não ficar obrigada a cuidar de um fruto resultante de um ato violento e não desejado. É refletido o conflito entre o direito à vida do concepto e a autonomia reprodutiva da mulher estuprada, privilegiando o ordenamento jurídico pátrio o direito de escolha da mulher, em decorrência da violência física ou psíquica por ela sofrida.

7.1.2.2 Aborto Criminoso

Como o próprio nome sugere, é aquele não permitido pela norma penal, constituindo crime a sua prática, ou seja, é a interrupção ilícita da vida intra-uterina, em qualquer fase de sua evolução até momentos antes do início do trabalho de parto. É classificado em:

7.1.2.3 Aborto Eugênico ou Eugenésico

É o aborto realizado nos casos de deformação acentuada ou anomalia fetal, ou seja, aquele executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves ou

enfermidade incurável. Não é contemplado com a permissão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Enquadram-se nesse tipo penal o caso de fetos xipófagos, com anencefalia, agenesia renal, parede abdominal aberta e síndrome de Patau. Como pontua MIRABETE (2000, p. 101): “Há centenas de alvarás judiciais permitindo o aborto em casos de anencefalia (ausência de cérebro), agenesia renal (ausência de rins), síndrome de Patau (graves problemas renais, gástricos e cerebrais) que inviabilizam vida extra-uterina”.

7.1.2.4 Aborto Social ou Sócio-econômico

É aquele realizado no intuito de impedir que se agravem as condições de miséria e penúria da gestante, a qual alega como motivo justificante para a prática abortiva, a falta de condições financeiras para criar e manter o filho. Parte da doutrina entende ter ampla aplicação em famílias numerosas, devido à falta de mínimas condições de subsistência e para não lhe agravar a situação social.

7.1.2.5 Aborto ‘Honoris Causa’ ou Legítima Defesa da Honra

É o aborto realizado para salvar a honra da mulher, para que a mesma não tenha a honra abalada. Ocorria *extramatrimonium*, pois a mulher virgem perdia sua honra ao engravidar sem contrair matrimônio, bem como a mulher viúva que engravidava, desonrava seu estado de viuvez. A honra aqui deve ser entendida como o estado de dignidade e de estimação de que goza a pessoa na sociedade por uma conduta irreprochável. Atualmente não há que se falar em desonra, fruto de uma gravidez indesejada, pois os estados de virgindade e viuvez não tem o mesmo condão de 1940, época em que foi escrito o Código Penal Brasileiro. Basta salientar que o crime de sedução capitulado no art. 217, definido como o ato de seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, com o fim de com ela manter conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança, foi revogado pela Lei nº 11.106, de 2005.

7.1.2.6 Aborto Estético

É a interrupção ilícita da gravidez, para não enfeiar a mulher envelhecendo-a prematuramente e tornando-a sexualmente menos atraente. Segundo FRANCO (1934, p. 123):

São as condições estéticas o que torna a mulher apta para a vida sexual, e a solução para esse dilema está em uma melhor educação física e sexual da mulher para que ela não venha perder sua bela forma durante a prenhez, e assim, possa continuar satisfazendo seu marido.

Destina-se a evitar a deformação estética do corpo de mulheres que se dedicam a profissões artísticas: bailarinas, atrizes, modelos, etc.

Ainda há muita divergência entre os autores, alguns levando em conta o tempo de gestação, classificam o aborto em: aborto sub-clínico (o que acontece antes de quatro semanas de gestação), aborto precoce: (entre quatro e doze semanas) e aborto tardio (após doze semanas), outros levando em conta a frequência de abortos realizados pela mulher classifica-o em: aborto ocasional (realizado esporadicamente) e aborto habitual (realizado com habitualidade). Por não haver consenso entre os eles, optou-se pela classificação apresentada por ser mais ampla e englobar maior número de casos.

8 O FIM DA VIDA

8.1 Considerações Iniciais

Segundo um adágio popular: “A morte é a única certeza que temos na vida”. Do latim “*mors, mortis e mori*”, exprime o fim da vida, ou seja, é momento que leva algo do estado vivo ao estado morto. A morte sempre foi entendida pelo homem como um mistério, fascinação e superstição, já na Antiguidade Clássica adotava-se uma visão cardiocêntrica, onde o coração era considerado o órgão essencial da vida, o primeiro a viver e o último a morrer, comprovada a parada cardíaca evidenciada estava a morte.

Essa visão foi complementada com a cessação das atividades pulmonares, agora não bastava apenas o coração parar de bater, era necessário também ser constatada a parada respiratória para só então, com a junção do binômio: coração e pulmão, ser decretada a morte. De acordo com ALVAREZ MARTINEZ (2000, p. 86): “Até a metade do século passado, dominava como válido para o diagnóstico da morte humana o critério da parada cardiorrespiratória”.

Ainda no século XVII, o filósofo francês considerado o pai da matemática, René Descartes enunciou sua célebre frase: “*Cogito, ergo sum*” (penso, logo existo), evocando a vida pelo sentido do consciente e não pelo biológico, talvez estivesse antecipando o que mais tarde a ciência viria a confirmar, que a morte seria diagnosticada pela cessação da atividade cerebral (consciência) e não da biológica.

Em meados do século XIX, foi adotado o conceito de morte baseado no trinômio: coração, pulmão e cérebro. Havendo a cessação dos batimentos cardíacos, dos movimentos respiratórios e da atividade cerebral, restaria decretada a morte humana.

Com o aparecimento de aparelhos capazes de substituir as funções cardíacas (marca-passos) e respiratórias (respiradores mecânicos), os critérios adotados para parada cardíaca e respiratória na decretação da morte, não se mostravam mais seguros, restando apto apenas o critério da cessação da atividade cerebral.

A morte humana não é um fenômeno súbito, instantâneo ou repentino, mas um processo composto de várias etapas que se alonga com o tempo, cabendo à Medicina Legal definir em qual fase desse processo é definida a morte clínica, atribuindo-lhe um momento, fixando-lhe uma data e tornando-lhe cronologicamente útil para o Direito, que após fixado, acabará com a existência da pessoa natural, extinguindo-lhe a personalidade jurídica.

A vida exige a perfeita interligação dos fenômenos biológicos, com o advento da morte há uma verdadeira desorganização, no entanto o fluxo desses fenômenos não cessa instantaneamente, ao contrário, prolonga-se no tempo com reações variáveis nos diferentes órgãos e sistemas até atingir um estado de cessação irreversível.

Segundo MARLET (1987, p. 44):

A realidade empírica demonstra e as ciências médicas comprovam que a morte não é, em geral, fenômeno instantâneo, mas um processo que se alonga no tempo. Ela ocorre em etapas e, por isso, em um espaço determinado de tempo. Não é, em geral, a parada total e instantânea da vida, mas um fenômeno lento e progressivo.

O fenômeno morte acarreta para a Medicina Legal, o dever jurídico de lhe precisar o exato momento, que é escolhido dentre os vários processos biológicos que compõem a morte. O Conselho Federal de Medicina definiu esse momento, que é a morte cerebral caracterizada pela irreversibilidade das atividades cerebrais, sendo formalmente materializada com a emissão do atestado de óbito pelo profissional médico.

Segundo FRANÇA (2008, p. 49): “Uma vez emitido o atestado de óbito, estabelecido, formalmente, está o fim da existência humana, bem como da personalidade civil”. Daí a necessidade precípua da produção de tal documento pelo médico, pois caracteriza os aspectos essenciais do fenômeno morte, tais como: local, horário e causas determinantes do óbito, bem como para definir o fim da existência jurídica da pessoa.

8.2 Critérios Utilizados para Determinação da Morte

A determinação da morte humana passou por vários estágios, primeiro foi definida pela cessação da atividade cardíaca, depois passou a ser determinada pela pelo binômio: cessação das atividades cardíaca e respiratória, por fim pelo trinômio: cessação das atividades cardíaca, respiratória e cerebral.

Com o avanço de Medicina, os critérios cardíacos e respiratórios forma superados, restando o critério neurológico, devido a atividade neurológica ser a única das funções vitais

que ainda não conseguiu ser suplementada, mantida ou substituída por qualquer outro meio artificial, o que leva aos doutrinadores das Ciências Médicas a concluir que a extinção da atividade cerebral é sinônimo de extinção da própria vida humana.

Atualmente a comunidade científica mundial aceita a constatação da morte encefálica como morte humana, entretanto os critérios adotados para diagnosticar a morte encefálica nem sempre são os mesmos, não havendo unanimidade, gerando dissentimento e discussão entre estudiosos e pesquisadores da área.

Prevê o artigo 4º da Resolução nº 1480/97 do Conselho Federal de Medicina, *in verbis*: “Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia”, ou seja, ausência de sinais elétricos gerados pela atividade do tronco encefálico ou dos hemisférios cerebrais, acima da medula espinhal, na coluna vertebral somada à ausência de atividade respiratória.

De acordo com o artigo 3º da Resolução: “A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa reconhecida”, ou seja, a morte equivale à parada total e irreversível das funções encefálicas, devendo os exames demonstrar de forma inequívoca a ausência de atividade elétrica ou cerebral, ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea cerebral³, conforme preceituado no artigo 6º da mesma resolução.

Além desses fatores, deve-se levar em conta a faixa etária da pessoa, pois o artigo 5º da Resolução dispõe que os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos, conforme abaixo especificado: 48 horas em crianças de 7 dias a 2 meses incompletos, 24 horas em crianças de 2 meses a 1 ano incompleto, 12 horas em crianças de 1 ano a 2 anos incompletos, 6 horas em pessoas acima de 2 anos.

Pode-se concluir que para haver morte, é necessária a reunião das condições apontadas na Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina:

- 1) Ausência de atividade motora supra-espinal;
- 2) Ausência de movimentos respiratórios (apnéia);

³ Introdução lenta e contínua de sangue no cérebro.

Combinadas com exames complementares que comprovem alternadamente ou conjuntamente:

- 1) Ausência atividade metabólica cerebral;
- 2) Ausência atividade elétrica ou cerebral;
- 3) Ausência de perfusão sanguínea no cérebro.

A Lei de Transplantes (Lei nº 9434/97), adota como critério autorizador para retirada de órgãos e tecidos, a decretação da morte encefálica, conforme se depreende do artigo 3º, *in verbis*:

A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

Segundo RABELLO (2003, p. 76): “É de larga aceitação atual o conceito de que a confirmação da morte encefálica deve se basear em três princípios fundamentais: irreversibilidade do estado de coma, ausência de reflexos do tronco encefálico e ausência de atividade cerebral cortical”

8.3 Classificação da Morte

A doutrina descreve várias classificações para o fenômeno morte, foi adotado no presente trabalho a classificação de Genival Veloso de França ampliada:

8.3.1 Morte Natural:

É aquela oriunda de um estado mórbido adquirido ou de uma perturbação congênita, ou seja, resulta da alteração orgânica ou perturbação funcional provocada por agentes naturais, inclusive os patogênicos sem a interveniência de fatores mecânicos em sua produção, geralmente é atestada pelo Serviço de Verificação de Óbito (S.V.O).

8.3.2 Morte Presumida

É a morte que se verifica pela ausência ou desaparecimento de uma pessoa, depois de transcorrido um prazo estipulado pela Lei.

8.3.3 Morte Súbita

Ocorre de maneira abrupta e inesperada, com a parada brusca dos fenômenos vitais. Podendo ocorrer de um trauma ou Acidente Vascular Cerebral (A.V.C).

8.3.4 Morte Real

É a que ocorre pela imobilidade, cessação permanente da respiração, circulação e atividade cerebral. É a morte verdadeira, para o Direito.

8.3.5 Morte Aparente

É um estado passageiro, no qual todas as funções vitais parecem abolidas. Apresenta imobilidade, aparente cessação da respiração e circulação, parecendo o indivíduo que está morto, mas está vivo. As contrações cardíacas, embora muito fracas e imperceptíveis, persistem.

8.3.6 Morte Agônica

Se arrasta por dias ou semanas após a instalação da doença básica.

8.3.7 Morte Violenta

Tem origem por ação externa e raramente interna, onde se incluem as causas jurídicas da morte, tem como causa determinante a ação abrupta e intensa, ou continuada e persistente de um agente mecânico, físico ou químico sobre o organismo. Ex: Homicídio, suicídio ou acidente. É geralmente atestada pelo Instituto Médico Legal (I.M.L).

8.3.8 Morte Circulatória

É aquela que refere como a cessação total e permanente das funções vitais.

8.3.9 Morte Encefálica

Ocorre quando se instala a parada total e irreversível das funções encefálicas, comprometendo a vida de relação e a vida vegetativa. É regulamentada pela Resolução CFM n.º 1.480/97 e Lei dos transplantes n.º 943497.

8.3.10 Morte imprevista

A que sobrevém instantaneamente e sem causa manifesta, atingindo pessoas em aparente estado de boa saúde.

8.3.11 Morte Anatômica

É chamada simplesmente de morte, ocorre com a parada dos órgãos, funções vitais: é a morte na totalidade do organismo.

8.3.12 Morte Histológica

Ocorre em decorrência da morte anatômica, porém, ao contrário, o indivíduo não morre como um todo, pois os tecidos, as células, morrem mais devagar. Depois do organismo morto, o estômago ainda digere por alguns instantes, os cílios vibráteis podem contrair-se e os pêlos ainda crescem.

Dentre todas as espécies acima elencadas, interessa especialmente ao Direito a morte real, pois é através dela que será expedido o competente atestado de óbito e extinguir-se-á a personalidade jurídica da pessoa natural.

De acordo com a lei nº 9434/97 (Lei dos Transplantes) no art. 3º, *in verbis* :

A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Nessa definição legal de morte cerebral diagnosticada pela cessação dos impulsos elétricos cerebrais, pode-se por analogia, reconhecer o marco inicial da vida com o aparecimento dos primeiros impulsos elétricos advindos da atividade cerebral, donde o feto, já possui, mesmo que de forma primitiva, o sistema neural e o complexo sistema de órgãos do corpo humano. Assim, após as primeiras conexões do sistema nervoso se estabelecer no córtex cerebral é que se considera que o feto é um ser humano.

8.4 Efeitos Legais da Morte

A morte é encarada pela lei civil em duas vertentes, a primeira caracterizada pela morte real e a segunda pela morte presumida ou ausência. Na morte real é extinta a personalidade

jurídica, sendo o atestado de óbito o documento hábil a provar o fim da vida e a existência da morte real, assim ao declarar a morte de uma pessoa através de atestado de óbito, o médico está também declarando a extinção de sua personalidade jurídica. O morto passa a ser denominado tecnicamente de "*de cujus*" e é representado por seus herdeiros, quando os tem, ou por um curador, na ausência de herdeiros. Na morte presumida, como o próprio nome já diz, existe a presunção de morte, ocorre no caso de uma pessoa desaparecer de seu domicílio sem deixar vestígios ou notícias.

Segundo FRANÇA (2008, p. 51): "Uma vez emitido o atestado de óbito, estabelecido, formalmente, está o fim da existência humana, bem como o da personalidade civil".

Na seara civil, segundo DINIZ (2006, p. 32) a morte acarreta:

a) dissolução do vínculo conjugal e do regime matrimonial; b) extinção do poder familiar; c) extinção dos contratos personalíssimos; d) cessação de obrigação de alimentos com o falecimento do credor; e) extinção do pacto de perempção; f) extinção da obrigação oriunda de ingratidão de donatário; g) extinção do usufruto; h) cessação da doação em forma de subvenção periódica; i) cessação do encargo da testamentária e j) abertura da sucessão.

Na seara penal, a morte acarreta a extinção da punibilidade do criminoso, bem como a suspensão da instância dos efeitos processuais. Para os efeitos penais não se admite a presunção de morte assim como ocorre no caso dos ausentes para a lei civil. A morte extingue para o Estado o "*jus puniendi*", seja na fase punitiva ou executória, não se transmitindo para os herdeiros qualquer obrigação de natureza penal.

De acordo com o corolário do art. 5, XLV, da Constituição Federal de 1988 que consagra o princípio da pessoalidade da sanção penal, ou seja, a pena é personalíssima e só pelo condenado pode ser cumprida, que dispõe: "Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido".

Segundo o art. 62 do Código de Processo Penal "No caso de morte do acusado, o juiz, somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvir o Ministério Público, julgará extinta a punibilidade"

A responsabilidade penal é de natureza exclusivamente pessoal e o desaparecimento físico do autor do fato (morte) faz também desaparecer a punibilidade, que não pode ser

estendida aos seus familiares ou dependentes, em face do princípio da personalidade da pena, assegurado pela Constituição Federal. Portanto, o fenômeno morte traz para o campo do Direito várias conseqüências, no campo do direito privado extingue incontável número de direitos e obrigações, conforme explicitado acima, e, no campo penal extingue a punibilidade do agente, cessando para o Estado o *jus puniendi*.

8.5 Morte e Anencefalia

A morte encefálica é considerada pela comunidade científica mundial como o momento real da morte, no Brasil só pode ser decretada se obedecer rigorosamente aos critérios clínicos e tecnológicos da Resolução nº 1480/97 do Conselho Federal de Medicina. O conceito jurídico de morte é conseqüência de um conceito preliminar emitido pelas ciências médicas.

As ciências médicas ainda não chegaram a um consenso em relação à morte encefálica de crianças, principalmente as prematuras e com sobrevida inferior a sete dias, havendo inúmeras divergências, principalmente em relação ao tempo de observação necessário para se determinar a irreversibilidade do processo e realização de testes de morte encefálica.

No caso de bebês anencéfalos, a discussão parece ainda pior, pois parte da doutrina entende que são natimortos (aquele que nasce morto) defendendo a tese de que nesses casos não seriam necessários exames para decretação de morte encefálica, haja vista já estarem mortos.

De acordo com BITENCOURT (2007, p. 159):

(...) na hipótese de anencefalia, embora a gravidez esteja em curso, **o feto não está vivo**, e sua morte não decorre de manobras abortivas. Diante desta constatação, na nossa ótica, essa interrupção da gravidez revela-se absolutamente atípica e, portanto, sequer pode ser tachada como aborto, criminoso ou não.

Segundo LUIS RÉGIS PRADO (2006, p. 126): “Em situações como essa, **o feto não pode ser considerado tecnicamente vivo**, o que significa que não existe vida humana intra-uterina a ser tutelada”. (Grifo nosso)

Esses e outros autores entendem que por não haver vida (acepção técnica) nos fetos anencéfalos eles podem ser considerados mortos ou natimortos. Tal entendimento é reforçado pela Resolução nº 1752/04 do Conselho Federal de Medicina, *in verbis*:

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os **anencéfalos são natimortos cerebrais** (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes;

CONSIDERANDO que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, **são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica;**

CONSIDERANDO que os anencéfalos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças;

CONSIDERANDO que as crianças devem preferencialmente receber órgãos com dimensões compatíveis;

CONSIDERANDO que a Resolução CFM nº 1.480/97, em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo **o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivência, por não possuir a parte vital do cérebro;**

CONSIDERANDO que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar **um ente que sabem que jamais viverá**, doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados; (...)” (grifo nosso)

A doutrina que defende a tese de que o feto anencéfalo é natimorto, defende que para ser decretada a morte de um ser humano é necessária a comprovação da paralisação total da atividade cerebral, como o feto anencéfalo não possui encéfalo (conjunto dos centros nervosos: cérebro, cerebelo, bulbo raquiano), não há que se falar em atividade cerebral e, portanto, é considerado tecnicamente morto.

O feto anencéfalo não apresenta grande parte do encéfalo, apresentando uma parte do tronco encefálico, responsável pelas funções vegetativas vitais, são capazes de manter a respiração e batimentos cardíacos, apesar de grande parte deles nascer em parada cardiorrespiratória.

O termo "anencefalia" é tecnicamente incorreto, pois pressupõe ausência total do encéfalo. Alguns autores têm proposto os termos meroanencefalia (ausência parcial do encéfalo) e holoanencefalia (ausência total do encéfalo).

Apesar de toda precariedade e efemeridade de sua vida, para as ciências médicas o anencéfalo é um ser vivo, é uma criatura humana, por nascer de uma concepção humana, não

apresenta qualquer grau de consciência de sua existência, uma vez que sua estrutura cerebral não permite alcançar essa condição de desenvolvimento humano.

Esse é o posicionamento do presente trabalho: o anencéfalo não é um natimorto, mas um ser vivo. Restaria infrutífera toda a discussão em torno do aborto de feto anencéfalo se ele não fosse ser vivo, pois nenhuma mulher é obrigada pela legislação penal brasileira a permanecer com um conceito morto dentro de seu ventre. Resolvida estaria a questão quanto a tipificação penal, pois se não existe vida a ser preservada, não existe crime de aborto, bem como todas as questões filosóficas, políticas, religiosas, éticas e morais que geram discussões acirradas a respeito do tema.

9 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Analisar a questão do aborto de fetos anencéfalos é trazer à discussão o confronto direto entre dois direitos fundamentais resguardados constitucionalmente, de um lado tem-se o direito à vida do feto anencéfalo e do outro o direito à liberdade de escolha da mulher gestante, além do próprio direito à saúde, diante desse embate, serão analisados os diversos aspectos jurídicos que envolvem os direitos conflitantes.

9.1 Direito à Vida do Feto Anencéfalo

O direito à vida de qualquer ser humano é resguardado constitucionalmente, por ser ele o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui como pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos, é direito natural e originário, condição da própria existência humana e dele derivam todos os demais direitos. A vida é o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, esse direito deve ser compreendido de forma extremamente abrangente incluindo o direito de nascer, o de permanecer vivo e o de defender a própria vida, enfim, de não ter o processo vital interrompido se não pela morte espontânea e inevitável.

É inviolável, segundo os ditames da própria Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida** (...)” (Grifo nosso).

Os acordos internacionais sobre Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, afirmam ser a vida inviolável. Segundo o Pacto de São José da Costa Rica (1969) que em seu artigo 4º prevê: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. **Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente**” (Grifo nosso).

O Pacto de São José da Costa Rica entrou para o Ordenamento Jurídico Brasileiro através do Decreto 678/1992 e possui *status* de norma constitucional, só podendo ser modificado por emenda constitucional.

O Tratado Internacional de Direitos Humanos e a Constituição Federal Brasileira garantem o direito à vida e sua preservação desde o momento da concepção, ou seja, desde a penetração do espermatozóide no óvulo, adotando a teoria concepcionista.

O Código Civil Brasileiro afirma em seu artigo 2º que: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, **desde a concepção**, os direitos do nascituro” (grifo nosso). Os direitos do nascituro estão resguardados pela norma infraconstitucional, desde a concepção, principalmente o mais importante de todos os direitos, que é o direito à vida.

O Código Penal também resguarda a vida, prevendo punição para todos aqueles que atentem contra a vida do embrião, prevendo penas que variando de um a dez anos de prisão. A tipificação penal do crime de aborto está prevista no Título I da Parte Especial: Crimes Contra a Pessoa e no capítulo I: Crimes Contra a Vida, o que demonstra que a lei brasileira reconhece e protege o embrião como uma pessoa viva.

Existem no Poder Judiciário Brasileiro inúmeros julgados concedendo aos nascituros direitos das mais variadas espécies, como direito à indenização por dano moral, direito a exame de DNA para se auferir a paternidade, direito a alimentos para custeio do pré-natal, entre outros. Se tais direitos derivados já estão sendo concedidos aos nascituros, a vida por ser um direito natural e originário do qual derivam todos os outros direitos deve receber proteção ainda maior por parte do Estado.

O ordenamento jurídico protege os direitos do nascituro saudável, principalmente o direito à vida, inclusive se apresentar alguma anomalia ou deficiência, pois a legislação prevê várias normas de proteção especial aos portadores de deficiência, fundamentada no Princípio Constitucional da Igualdade, onde não se admite preconceitos de qualquer espécie, seja de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Em relação ao conceito anencéfalo parte da doutrina jurídica e ciências médicas consideram os anencéfalos como natimortos, corroborando com esse posicionamento o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.752/04 que considera os anencéfalos como natimortos cerebrais, sendo inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica, já que não possuem o córtex, mas apenas o tronco encefálico. Apesar desse posicionamento, deve-se considerar o feto anencéfalo um ser vivo, titular de direitos de

nascituro, assegurado o direito à vida assim como todos os demais conceitos, independente de serem portadores de alguma má formação ou não.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) no art. 7º, dispõe: “Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

O feto anencéfalo é uma criatura humana, pois foi gerado de criaturas humanas, no entanto devido à ausência de parte do cérebro, não consegue ter estrutura cerebral competente para alcançar a condição de desenvolvimento humano, pode apresentar, devido à preservação de parte do tronco encefálico algumas funções vitais, como respiração e movimentos cardíacos, podendo reagir a estímulos, manter a temperatura corporal, realizar movimentos de sucção e deglutição, no entanto, todas essas atitudes são reações reflexas, independente do estado de consciência, típicas do estado de vida vegetativo.

Não há nas ciências médicas nenhum tipo de tratamento ou procedimento cirúrgico ou laboratorial que possa reverter a situação de anencefalia, estará o feto anencéfalo fadado a uma vida vegetativa, efêmera e precária, já que não apresenta nem poderá apresentar qualquer grau de consciência de sua existência e de sua relação com o mundo, não apresentando a capacidade de percepção, de cognição, de afetividade, de comunicação e de emotividade, não possuindo consciência de si nem do mundo, sendo um ser vivo biologicamente, sendo titular de todos os direitos de um ser humano, se nascer com vida deve ser tratado como paciente pelos médicos e profissionais de saúde, no entanto, não poderá ter vida normal devido à própria precariedade de sua existência.

9.2 Direito à Liberdade de Escolha da Mulher

Fundamentado no Princípio da Legalidade, a Constituição Federal preconiza em seu art. 5º, II que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Se a conduta não for obrigatória ou proibida pelo ordenamento jurídico ela será permitida para os particulares, assim todos têm a ampla liberdade de fazer ou deixar de fazer o que bem entender, salvo quando o ordenamento jurídico determinar o contrário.

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 86): “é na liberdade que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua

felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista”.

O Estado Democrático de Direito deve ser o defensor e garantidor das liberdades e jamais seu opressor, deve assegurar o respeito à pluralidade de idéias, de crenças, de opiniões e de consciência, harmonizando-o com os demais direitos fundamentais.

O direito à liberdade consagrado constitucionalmente engloba uma gama de direitos, haja vista a liberdade representar um conceito amplo e inacabado, podendo-se destacar: liberdade religiosa, liberdade de imprensa, liberdade de pensamento, liberdade de consciência, dentre vários outros tipos de liberdade.

Será objeto de estudo, especificamente, o direito à liberdade de escolha da mulher enquanto ser humano autônomo dotado da capacidade de reprodução e perpetuação da espécie. A autonomia reprodutiva da mulher encontra-se tutelada nos direitos fundamentais, garantindo-se a liberalidade da mulher decidir quando e se deve ou não reproduzir-se, englobando o direito à autonomia individual, à privacidade e a intimidade, inclusive o direito ao próprio corpo, já que a gravidez é um processo que ocorre no interior de seu corpo, ofende tanto a sua liberdade quanto sua privacidade.

Segundo NOVAES (2002, p. 86) “O Estado Democrático de Direito brasileiro é comprometido com o respeito ao direito à liberdade, pois a liberdade não vive sem democracia, nem a democracia sobrevive sem a liberdade”. Deve ser o Estado o maior responsável para garantir as liberdades individuais, e em particular as referentes ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, assegurando medidas de educação sexual e informação a todos os cidadãos, sendo princípio basilar da democracia.

A dignidade da pessoa humana é uma característica intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, dada a sua condição humana, sendo, portanto, irrenunciável e inalienável, por se tratar de um atributo pertencente a todo ser humano. Qualifica-o e dele não pode ser separada, não é uma concessão a pessoa humana, de forma que já lhe pertence de forma inata, sendo atributo de sua própria essência, devendo ser tratado e considerado como um fim em si mesmo.

Essa dignidade é preexistente a qualquer normatização jurídica, reconhecendo o Direito a sua validade e exercendo um papel fundamental para sua proteção e promoção. Segundo

SARLET (2004, p. 72): “A proteção jurídica é fundamental devido ao freqüente desrespeito à dignidade da pessoa humana”.

Constitui essa dignidade como fundamento do próprio Estado Brasileiro, erigida à categoria de princípio constitucional, devendo direcionar a elaboração das normas jurídicas e equacionar toda a atuação do Poder Público no sentido de viabilizá-la, pois segundo o artigo 1º, III, da Carta Magna: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”

Dentro desse enfoque da dignidade da pessoa humana, a mulher gestante de um feto anencéfalo deve exercer seu direito de liberdade de escolha e da autonomia reprodutiva e decidir pelo prosseguimento ou não de seu estado gravídico, inclusive para preservar sua saúde, pois a gravidez lhe trará transformações físicas e dores que modificarão toda a sua estrutura corporal, podendo inclusive causar-lhe problemas e complicações irreversíveis em seu estado de saúde.

Além da questão física existe todo o lado emocional e psíquico da gestante, que estará abalado duplamente, pois ela será forçada em prosseguir com uma gravidez indesejada e que, ao final, ensejará o velório e luto de seu filho, haja vista o feto não possuir chances de sobrevivência extra-uterina, estando fadado a uma vida vegetativa por um breve período de tempo até sua morte, considerando-se a pior agressão à saúde psíquica da mulher não permitir-lhe escolher entre prosseguir ou não com a gravidez.

Apesar de todos os avanços médicos e clínicos utilizados nos diversos tratamentos das doenças, até hoje a medicina não conseguiu reverter, conter ou diminuir os efeitos da anencefalia, todos os fetos que nascem irão ter sobrevivência vegetativa de horas ou dias, não existindo relatos na literatura médica da existência de crianças anencéfalas que se cresceram e desenvolveram normalmente como outras crianças.

Além dos fatores físico-psíquicos, existem ainda os fatores de ordem moral, social, religiosa, familiar, dentre inúmeros outros que afetam a gestante de forma individual e também como componente de um grupo social ou de uma coletividade.

Apesar de a legislação penal pátria considerar o contrário, a mulher grávida de um feto anencéfalo não pode ser considerada uma criminosa por ter praticado “aborto”, pois tem ela o

direito à liberdade de escolha de prosseguir ou não com seu estado gravídico, já que o ser gerado em seu ventre possui vida precária e efêmera, não sobrevivendo mais que horas ou dias, além de preservar o seu direito à saúde, evitando passar por danos e lesões físico-psíquico-sociais, vendo seu corpo passar por transformações indesejadas, seu estado psíquico sofrer perturbações e sua convivência social ficar completamente abalada. A mulher deve ser amparada e acolhida pelo Estado como uma paciente que necessita de tratamento e não ser considerada uma criminosa por repelir ofensas aos seus direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

10 CONCLUSÃO

O aborto ou abortamento continua sendo considerado um crime contra a vida do feto, tipificado pelo Código Penal Brasileiro, salvo duas exceções: para salvar a vida da gestante ou em caso de estupro. Não constituindo uma exceção os casos de anencefalia.

O Direito como todos os outros ramos do conhecimento, deve acompanhar os avanços sociais, a legislação deve se atualizar à medida que a sociedade evolui, no entanto, o que se observa na prática é bem diferente, a despeito do próprio Código Penal editado em 1940, época em não havia tecnologia médica suficiente para determinação eficiente de um diagnóstico preciso de anencefalia, o que não acontece nos dias atuais, onde a malformação é detectada nos primeiros meses de gravidez, ocorre que mesmo assim, é necessário recorrer a um processo judicial moroso, para se obter uma autorização para antecipação do parto. O Direito Penal, com suas premissas é, naturalmente mutável, cresce, evolui e rompe cadeias que o agrilhoam aos conceitos pretéritos. Se estagnar e não estiver continuamente revisando seus princípios, nunca há de alcançar a meta a que se propõe. Se a lei demonstra-se insuficiente para solucionar todas as situações e conflitos emergentes da vida real, cumpre ao jurista encontrar fórmulas que visem a preencher essa lacuna.

Seguindo os ensinamentos do Mestre Noronha, entende-se que se a gravidez representa um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que possa salvar a vida do feto, não há de se falar em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação de vida do feto. Fernando Capez entende que não existe crime em face de inexistência do bem jurídico, eis que o encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica na inexistência de atividade cerebral, sem a qual não se pode falar em vida, ou seja, sem atividade encefálica não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime, constituindo a conduta em fato atípico.

A literatura médica relata que oitenta por cento dos casos de recém-nascidos com anencefalia são natimortos e o restante sucumbe horas ou dias após o parto, ou seja, não existe

possibilidade de sobreviver após o parto, não existem crianças anencéfalas fazendo festa de seu primeiro aniversário, em virtude de sua vida efêmera.

As informações sobre métodos abortivos são fartamente conhecidas e os riscos que podem representar à saúde da mulher, na maioria das vezes, assim como a sanção penal, não são suficientes para convencê-la a mudar de idéia, principalmente quando é vítima de estupro ou anencéfalo, pois sabe que o fruto de seu ventre não permanecerá vivo. O Estado não é senhor do corpo da gestante e jamais poderá vigiá-la vinte e quatro horas por dia. É preciso entender que a gestante que decidir interromper a gravidez abortará com ou sem auxílio médico, com ou sem a presença do Estado, pois o aborto é uma realidade social que atinge todas as famílias, independente do nível social, cultural ou econômico das mesmas.

A criminalização do aborto não evita o aborto, mas tão-somente obriga a mulher a realizá-lo na clandestinidade, o Estado fecha os olhos para a realidade social. A criminalização do aborto para a mulher rica significa tão-somente um aumento no custo do procedimento cirúrgico que, por sua clandestinidade, tende a se valorizar, já para a mulher pobre significa a negação do direito à saúde garantido no artigo 6º da Constituição da República. É aqui que a criminalização do aborto exhibe seu caráter mais perverso e classista, pois somente as mulheres menos favorecidas sentem seus efeitos.

A discussão sobre a descriminalização do aborto seguindo um posicionamento estritamente jurídico, não é uma discussão sobre o direito ou não de a gestante abortar, mas sobre o direito ou não de a gestante ter auxílio médico para abortar, ou seja, de o Estado estender sua *longa manus* a fim de fazer valer os direitos garantidos na Carta Política. Com a descriminalização, os abortos continuarão a ser praticados, tal como hoje o são, mas a mortalidade materna será substancialmente reduzida, dada a melhora das condições de saúde da mulher.

O aborto do feto anencéfalo não pode ser considerado inconstitucional, pois se assim o fosse, não existiriam as duas possibilidades consagradas pelo Código Penal (aborto em caso de risco para a gestante e em caso de estupro). E o que assegura estas duas possibilidades é justamente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro. No primeiro caso (aborto necessário), trata-se da vida do feto versus a vida da mãe, prevalecendo a da última. No segundo (aborto humanitário), ocorre o conflito entre a dignidade da vítima de estupro versus

a vida do feto, e sempre que ocorrer essa colisão de direitos fundamentais, um deve prevalecer sobre o outro.

No caso específico de anencefalia, entende-se que o direito à saúde da gestante, o direito de liberdade de escolha da mulher e da dignidade da pessoa humana devem prevalecer sobre o direito à vida do feto, justificado pela impossibilidade de sobrevivência do mesmo após o nascimento ou por ser considerado natimorto por parte da doutrina e da legislação brasileira ou por que tal conduta sequer se subsume ao tipo penal do aborto que para sua caracterização não pode prescindir da existência de um embrião apto a gerar vida e essa vida pressupõe expectativa de autonomia, que o anencéfalo não possui, porquanto, não pode sobreviver ao nascer, e se nascer, não pode viver autonomamente, restando-lhe poucas horas ou dias de vida.

No aborto do feto anencéfalo a gestante deve ter o direito de praticar ou não a antecipação do parto, pode por convicções pessoais ou religiosas optar em prosseguir com a gravidez, mas isso deve se constituir em uma decisão eminentemente pessoal, não se pode impedir o exercício regular de um direito ao abortamento para aquelas gestantes que não querem, não merecem e não devem padecer de inúmeros sofrimentos: primeiro o físico ao gerar em seu ventre um feto sem qualquer possibilidade de vida extra-uterina independente e passar por todas as dores e modificações corporais de uma gestação, depois o psíquico ao imaginar seu filho nascendo e logo após morrendo, sendo ela forçada a enterrar e velar o corpo de seu filho. Intenta, o presente trabalho, que o aborto do feto anencéfalo não seja considerado um crime contra a vida do feto anencéfalo, mas um direito da gestante em prosseguir ou não com seu estado gravídico em respeito ao direito à saúde, à liberdade de escolha e à dignidade da pessoa humana da gestante, todos princípios integradores do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ. P. Martinez-Lage. El Diagnóstico Neurológico de La Muerte. In: **Manual de Bioética General**. 4. ed. Madrid: RIALP, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial. Dos crimes contra a Pessoa**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BLAKISTON. **Dicionário Médico**. 2. ed. São Paulo: Andrei, 1982.

BRANDÃO, Denival da Silva. O Embrião e os Direitos Humanos. O Aborto Terapêutico. In: **A vida dos Direito Humanos: Bioética Médica e Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 8 ago. 2007.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica de 1969**. Disponível em:
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. **Resolução nº 1.480/1997**. Regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. **Resolução nº 1.752/2004**. Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais.. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm>. Acesso em: 28 out. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição. Coimbra [Portugal]: Livraria Almedina, 2000.

CREMEB, Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESPINOSA, Jaime. **Questões de Bioética**. São Paulo: Quadrante, 1998.

FERNANDES, Maíra Costa. **Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional**. In: SARMENTO, Daniel (org.); PIOSEVAN, Flávia (org.). *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. – parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S/A, 2008.

- FRANCO, Alberto Silva. **Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais**. Disponível em: <http://www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco.pdf> Acesso em: 20 dez. 2009.
- FRANCO, Ary Azevedo. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Almeida Marques & C, 1934.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte especial**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2004.v. II.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Código Penal Anotado**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Direito Penal – Parte Especial**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.II.
- KIMURA, Maria Regina Trippo. **As Técnicas Biomédicas – A Vida Embrionária e o Patrimônio Genético Humano – à Luz da regra da Proporcionalidade Penal**. Tese doutorado. PUCSP, 2006, p.191.
- MARLET, José Maria. Conceitos Médico-Legal e Jurídico de Morte. *Justitia*. São Paulo, v. 138, n.49, p.44, abr./jun. 1987.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado De Direito Penal**. São Paulo: Millenium, 1999.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. **Manual de Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Atlas, 2000
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.
- NOVAES, Adauto. O risco da ilusão. In: **O avesso da liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PRADO, Danda. **O que é o aborto**. 2 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.
- PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RABELLO, Getúlio Daré. Coma e Estados Alterados da Consciência. In: **A Neurologia que Todo Médico Deve Saber**. 2. Ed. São Paulo: Atheneu, 2003.
- REIS, Adriana Tenorio Antunes. Descriminalização do abortamento nos casos de fetos portadores de anencefalia. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10492>>. Acesso em: 03 maio 2010.
- REVISTA VEJA. São Paulo: Editora Abril, edição 1554, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto – um direito ou um crime?**. 6. Ed. São Paulo: Editora Moderna, 1991.

